

GPS 捜査

——近時の刑事裁判例の考察と法的問題点の整理——

池 亀 尚 之 *

目次

- I はじめに
- II GPS 捜査の適法性が問題とされた近時の刑事裁判例
- III 問題状況の概観
- IV GPS 捜査の法的性質
- V 「強制の処分」の「特別の定」
- VI おわりに

I はじめに

GPS (Global Positioning System) は、上空の人工衛星が宇宙空間に向けて発信している信号を地上のGPS受信機で受信し、受信機において経度や緯度等を測量することにより、その受信機の現在位置を知るシステムである。犯罪捜査においてGPS技術が活用されているアメリカ合衆国の事例を踏まえると、GPS位置情報は、被疑者の潜伏先やアジト、共犯関係、凶器・被害品・禁制品等の隠匿場所の解明や、アリバイの存否の判断等に用いられることが考えられる⁽¹⁾。

GPS端末のような「移動追跡装置」を用いて任意処分を実施する場合に

* 愛知大学大学院法務研究科助教

※以下では、2016年8月末時点で参照可能であった文献等を挙げている。

(1) 三井誠=池亀尚之「犯罪捜査におけるGPS技術の利用—最近の合衆国刑事裁判例の動向—」刑事法ジャーナル42号(2014) 55頁, 55頁。

ついて、警察内部には、使用要件、手続等を定めた『移動追跡装置運用要領』⁽²⁾が存在する。この運用要領は、2006年に制定されていたものであったが、「移動追跡装置を使用した捜査の具体的な実施状況等については、文書管理等を含め保秘を徹底する」ことが定められていることもあり、「移動追跡装置」の実際の運用状況を外部からうかがい知することは困難であった。

そのような中で、近時、GPS端末を用いた捜査の適法性について、結論を異にする刑事裁判例（大阪における連続窃盗事件〔以下、「大阪事件」という〕についての判決・決定と、名古屋における連続窃盗事件〔以下、「名古屋事件」という〕についての判決）が言い渡されるに至った。これらの裁判例⁽³⁾については、Ⅲ以下でみるとおり、GPS捜査の適法性を判断するに当たってさらなる理論的説明を要すると思われる点が少なくない上、判例理論と必ずしも整合しない説明によりGPS捜査の適法性が判定されているようにも思われる。これらの裁判例を考察すれば、GPS捜査の法的規律の在り方を考える上での問題点が明確になるであろう。そこで、GPS

(2) GPS端末の装着を伴わない場合については、『電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン』（平成16年8月31日総務省告示第695号〔最終改正平成27年6月24日総務省告示第216号〕）の26条3項に「電気通信事業者は、……捜査機関からの要請により位置情報の取得を求められた場合において、裁判官の発付した令状に従うときに限り、当該位置情報を取得するものとする」という規定が置かれている。2015年の改正により、この規定から「当該位置情報が取得されていることを利用者が知ることができるときであって」という要件が削除された。

(3) 新聞報道によると、以下で取り上げる裁判例の他に、水戸地裁平成28年1月22日決定（「令状なしGPS捜査 新たな法整備課題 識者、警察内規での運用危惧」毎日新聞夕刊東京版2016年3月2、9面）、広島高裁平成28年7月21日判決及びその原審判決（「令状なしGPS捜査適法 広島高裁 1審判決を支持」読売新聞朝刊大阪版2016年7月22日、32面）においても、GPS捜査の適法性が判断されたようである。これらの裁判例については、太田茂「GPS捜査による位置情報の取得について」刑事法ジャーナル48号（2016）61頁、64-66頁で取り上げられている。

捜査の適法性について異なる結論を示した近時の刑事裁判例を考察することにより、GPS 捜査一ひいては犯罪捜査のための情報の取扱い一の法的規律の在り方を考える上での検討課題を整理するとともに、その解決の方向性を探りたい。

Ⅱ GPS 捜査の適法性が問題とされた近時の刑事裁判例

1 大阪事件

A. 事案の概要

被告人Xは、平成24年から平成25年にかけて、共犯者Yら3名と共謀の上、総額400万円を超える自動車等の窃盗や侵入盗を繰り返した上、被害者の顔面を殴打するなどして加療約2か月の傷害を負わせたという、窃盗、建造物侵入及び傷害の合計10件の訴因で起訴された。

捜査の過程で、警察は、平成25年5月23日から同年12月4日頃までの間、被告人X・Y、共犯者及びXの交際相手が使用していると疑われる自動車やバイク合計19台に順次GPS端末を取り付け、それぞれの位置情報を断続的に取得しつつ追尾等を行う捜査を実施した(以下、「本件GPS捜査」という)。本件GPS捜査では、1か月に700回以上の位置情報が取得されたGPS端末があった⁽⁴⁾。

警察は、本件GPS捜査により、犯行使用車両を特定し追尾すること、犯行を現認すること、被害品を発見すること等ができた。

X側は、本件GPS捜査がプライバシー権を侵害する「強制の処分」(刑事訴訟法197条1項但書)に当たるにもかかわらず、現行法に「特別の定」が存在せず、また仮に「検証」に当たるとしても無令状で行われており違

(4) 亀石倫子「捜査による位置情報の取得と弁護」刑事法ジャーナル48号(2016)77頁、79頁。

法であると主張し、本件GPS捜査によって得られた証拠（犯行現場の特定・状況等を立証趣旨とする写真撮影報告書、犯行使用車両を発見した状況等を立証趣旨とする捜査報告書謄本等）及び派生的証拠（被害品に係る捜索差押調書謄本、被害品に関する捜査報告書、還付請書等）の証拠能力を争った。

B. 本件で使用されたGPS

本件で使用されたGPS端末のバッテリーは、3日～4日程度で充電が必要であったため、警察官は、その都度、GPS端末を本体ごと取り換えていた。この交換作業は、商業施設の駐車場やコインパーキング、ラブホテルの駐車場等の私有地で実施されることもあった。GPS端末は、対象車両等に磁石によって取り付けられていた。

本件で使用されたGPSシステムは、契約者が携帯電話機を使用して検索し、位置情報を取得することによって、その携帯電話機の画面上に、対象GPS端末の所在位置のおおまかな住所、地図上の位置等を表示させることができるものであった。その測位精度は、電波の届かない場所では数百メートル又はそれ以上の誤差が生じ、あるいは位置情報が取得できないことがある一方で、電波状況の良い場所では十数メートル程度の誤差しか生じず、数十メートルの誤差にとどまることも多かった⁽⁵⁾。取得された位置情報は、一定期間、データファイルとして保存されており、これをダウンロードして利用することもできた。

(5) Cでみるとおり、本件で用いられたGPS端末の性能とそれにより得られる位置情報の内容・精度についての事実認定は、Xを被告人とする裁判とYを被告人とする裁判とで大きく異なった。

C. 第一審

(1) 大阪地決平成27・1・27判時2288号137頁⁽⁶⁾

大阪事件では、まずYの裁判において、本件GPS捜査が強制処分⁷に該当せず((a))、任意捜査としても相当であった((b))という判断が示された(以下、「大阪1月決定」という)。

(a) 強制処分該当性

強制処分該当性の検討において、大阪1月決定が最初に指摘したのは、「本件で使用されたGPS発信器は、捜査官が携帯電話機を使って接続した時だけ位置情報が取得され、画面上に表示されるというものであって、24時間位置情報が把握され、記録されるというものではなかった」という点(情報取得の連続性)であった。次いで、大阪1月決定は、GPSシステムに「接続すると、日時のほかおおまかな住所が表示され、地図上にも位置が表示されるが、その精度は、状況によっては数百メートル程度の誤差が生じることもあり、得られる位置情報は正確なものではなかった」という点(情報の内容・精度)を指摘し、最後に、「捜査官らは、自動車で外出した被告人らを尾行するための補助手段として上記位置情報を使用していたにすぎず、その位置情報を一時的に捜査メモに残すことはあっても、これを記録として蓄積していたわけではない」という点(情報の記録・蓄積)を指摘した。

大阪1月決定は、これらの諸点に鑑み、「本件GPS捜査は、通常の張り込みや尾行等の方法と比して特にプライバシー侵害の程度が大きいもので

(6) Yを被告人とする事件の大阪地方裁判所第9刑事部の証拠決定である。本決定後、平成27年3月6日、Yに対して懲役4年の有罪判決が言い渡された(LEX/DB文献番号25506064)。

この証拠決定の評釈として、宮下紘「判批」時の法令1973号(2015)50頁、前田雅英「判批」捜査研究64巻4号(2015)56頁、羽瀨雅裕「判批」『新・判例解説Watch【2016年4月】』(日本評論社、2016)15頁等がある。

はなく、強制処分には当たらない」という結論に至った。

IVでみるように、大阪1月決定は、強制処分該当性の判断に当たって、情報の内容・精度の他に、情報取得の連続性や情報の記録・蓄積を考慮に入れた点で注目される。

(b) 任意処分の相当性

(a) のとおり、大阪1月決定は、本件GPS捜査を任意処分（非強制処分）と位置づけた上、任意処分として相当性が認められるかどうかを検討した⁽⁷⁾。その検討に当たって、大阪1月決定は、まず以下の事実を指摘し、「GPS発信器を取り付けてその位置情報を取得して所在を割り出す必要性は相当高かった」と認めた。

「本件において、一連の犯行の全容を解明するためには、被告人らを尾行して他の拠点やその行動を捜査する必要性は高かった。他方、上記一連の犯行において、犯人は盗難車を利用し、ナンバープレートを付け替えながら、信号を無視し、高速道路のETC料金所を突破するなどしてかなりの高速度で広範囲を移動して犯行を重ねていたことが認められ、仮に被告人らが犯人であるとすれば、その尾行には相当な困難が予想された。また、捜査官らが……張り込みを行う中で、被告人らが常に周囲を警戒する様子が見られ、その点からも尾行には困難が予想された」。

他方、法益の性質とその侵害の程度について、大阪1月決定は、「本件GPS捜査によるプライバシー侵害は大きなものではない上、GPS発信器は磁石で車両の外部に取り付けられており、車体を傷つけるような方法是用いられておらず、また、多くの場合は公道上で取り付けられており、第三者の権利も侵害していない」と指摘し、「基本的には本件GPS捜査は相当

(7) 判例によれば、「ある捜査行為が、具体的状況のもとで相当と認められるか否かの判断は、一方に、当該捜査行為の必要性の程度を、他方に制約される権利・利益の性質と制約の程度をおいた比較衡量による」（川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、2016）13頁）。

な方法で行われていた」という結論を導いた。

大阪1月決定は、比較衡量の一方の秤に乗る捜査の必要の検討に当たって、主として尾行の困難性を考慮した。「当該捜査手段を用いる広義の『必要性』として、「より侵害的でない他の捜査手段を容易に採り得た可能性も併せ考慮されるべき」であるが⁽⁸⁾、GPS捜査よりも尾行の方が「より侵害的でない他の捜査手段」であるという評価が前提にされているとすれば、いかなる意味で「より侵害的でない」のかが問題となろう。

また、比較衡量のもう一方の秤に乗る法益の性質とその侵害の程度の検討に当たって、GPS端末の取付けという情報取得に伴う措置が考慮に入れられている点も注目される⁽⁹⁾。

本件GPS端末の性能に係る「状況によっては数百メートル程度の誤差が生じることもあり、得られる位置情報は正確なものではなかった」という認定事実を前提とする限り、任意処分として相当であるという結論もあり得る。そうであるとしても、大阪1月決定は、取得された位置情報の量や位置情報の取得期間を詳細に認定し、そのような態様の位置情報の取得を正当化するだけの「必要」(刑事訴訟法197条1項本文)を明確に説明する必要があったのではないかと思われる。

(2) 大阪地決平成27・6・5判時2288号138頁⁽¹⁰⁾

これに対し、Xの裁判では、本件GPS捜査が強制処分に該当すると判

(8) 酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、2015) 35頁。

(9) GPS捜査の法的性質の決定に当たって、この判断要素がどのように作用するかについては、IV B. (e) 参照。

(10) 本決定後、平成27年7月10日、Xに対して懲役5年6月の有罪判決が言い渡された(判時2288号144頁)。

この証拠決定の評釈として、宮下紘「GPSを使用した捜査の合憲性」『平成27年度重要判例解説』(有斐閣、2016) 12頁、中島宏「判批」法学セミナー729号(2015)

断され ((a)), 本件GPS捜査によって得られた証拠及び派生的証拠の証拠能力が否定された ((b)) (以下、「大阪6月決定」という)。

(a) 強制処分該当性

①GPS端末の性能

大阪6月決定と大阪1月決定とで強制処分該当性の判断が異なったのは、本件GPS端末の性能と本件GPS端末により得られる位置情報の内容・精度についての事実認定に大きな差異があったからである⁽¹¹⁾。

まず、大阪6月決定は、本件で用いられたGPS端末の性能について、「誤差数十メートル程度の位置情報を取得できることも多く、それなりに高い精度において位置情報を取得できる機能を有していた上、少なくとも、警察官らが被告人らの乗る車両を失尾した後も、GPS端末の位置情報を取得することによって、再度、同車両を発見し、追尾することができる程度には、正確な位置情報を示すものであった」と認めた。

②情報の内容・精度

本件GPS端末が①の性能を備えていると、それを用いることにより、次のような情報が取得される。

「本件GPS捜査は、尾行や張り込みといった手法により、公道や公道等から他人に観察可能な場所に所在する対象を目視して観察する場合と異なり、私有地であって、不特定多数の第三者から目視により観察されることのない空間、すなわちプライバシー保護の合理的期待が高い空間に対象が所在する場合においても、その位置情報を取得することができることに特質がある。本件においても、コインパーキングや商業施設駐車場のみなら

130頁、緑大輔「判批」『新・判例解説 Watch【2016年4月】』（日本評論社、2016）181頁等がある。また、大阪1月決定と大阪6月決定の評釈として、黒川亨子「判批」法律時報87巻12号（2015）117頁、安村勉「捜査のためにGPSを使用することの適法性」『法学教室別冊付録 判例セレクト2015〔Ⅱ〕』（有斐閣、2016）40頁がある。

(11) 亀石・前掲注（4）81頁、安村・前掲注（10）40頁。

GPS 捜査

ず、ラブホテル駐車場内に所在した対象のGPSの位置情報が複数回取得されているところ、……施設の性質上、利用客以外の者が出入りすることは予定されておらず、プライバシー保護の合理的期待が高い空間に係る位置情報を取得した」。

そこで、大阪6月決定は、「本件GPS捜査は、その具体的内容を前提としても、目視のみによる捜査とは異質なものであって、尾行等の補助手段として任意捜査であると結論付けられるものではなく、かえって、内在的かつ必然的に、大きなプライバシー侵害を伴う捜査であったというべきである」と判断した。

IVで整理するとおり、大阪6月決定と大阪1月決定は、認定された事実の違いはあるものの、強制処分該当性の判断において、情報の内容・精度を重要なファクターの一つとして取り上げている点で共通する。

③GPS端末の取付け・取外し

さらに、大阪6月決定は、GPS端末の取付け・取外しがGPS捜査の適法性に与える影響について、次のとおり指摘した。

「対象車両が公道上にない場合は、GPS端末の取付け、取外しの際に、私有地への侵入行為を伴う事態が想定される。……GPS捜査の密行性から管理権者の承諾を得ることができないのであれば、令状の発付を受けて私有地に立ち入るべきであり、少なくとも、管理権者の包括的承諾に疑義のある場所に立ち入ってGPS端末の取付け、取外しを行っている点においても、本件GPS捜査には管理権者に対する権利侵害がある可能性を否定し難い」。

④GPS捜査の法的性質と法的規律

以上を踏まえ、大阪6月決定は、「本件GPS捜査は、対象車両使用者のプライバシー等を大きく侵害することから、強制処分に当たるものと認められる（なお、本件GPS捜査によって得られた位置情報が、公道上に存在する対象車両使用者に関するもののみであったとしても、本件GPS捜査に

かかる前記の特質に照らせば、この結論は左右されるものではない^{(12)・(13)}。」という結論に至った。

さらに、強制処分の「特別の定」については、「本件GPS捜査は、携帯電話等の画面上に表示されたGPS端末の位置情報を、捜査官が五官の作用によって観察するものであるから、検証としての性質を有する」という考え方が示された。

(b) 違法収集証拠排除法則

そうすると、「検証許可状によることなく行われた本件GPS捜査は、無

(12) 例えば、強制処分であると性質決定される「X線撮影を行った結果として、内容物が明瞭に認知できず個別具体的事案において対象者の現に被った法益侵害の程度がそれほど大きくなかったとしても、そのことは、当該処分の類型的な性質決定に影響するものではない」（酒巻・前掲注（8）31頁）のと同様である。

なお、類型的な性質決定に当たって考慮すべき事実関係の範囲や事実関係の抽象化の度合い、考慮すべき法益侵害の可能性の程度は、別途検討すべき問題である

法的性質の決定に当たって考慮すべき事実関係の範囲については、IV Dで論じる。

事実関係の抽象化の度合いについては、IV B. (a) で取り上げる最決平成21・9・28刑集63巻7号868頁に関して、次の指摘がある。

「捜査に関する法的規律は、裁判所による事後評価の基準であると同時に、捜査官が捜査行為に出ようとする際の行為規範でもある。処分の実行に先立ち、いかなる権利利益にいかなる侵害が生じるかを、具体的に、しかも正確に特定することは、予測判断の性質上、困難である。それゆえ、『宅配便荷物のX線検査』という限度で捜査行為を抽象化一般化し類型的に把握することにも理由がある。そうすると、個々の事案を離れて『内容物によっては』品目等の相当程度具体的な特定が可能であることが考慮されても何ら不自然ではなく、宅配便荷物のX線検査によるプライバシー侵害が強制処分の域に達するほどに大きいとする本決定の結論も首肯しうる」（笹倉宏紀「宅配便荷物のエックス線検査と検証許可状の要否」『平成21年度重要判例解説』〔有斐閣、2010〕208頁、209頁）。

(13) この説示について、「公共空間におけるプライバシー保護を正面から認めた」という評釈もある（指宿信「GPS利用捜査とその法的性質—承諾のない位置情報取得と監視型捜査をめぐって」法律時報87巻10号〔2015〕58頁、64頁）。

令状検証の排りを免れず、違法である」。そこで、大阪6月決定は、以下の各要素を検討し⁽¹⁴⁾、本件GPS捜査により得られた証拠が違法収集証拠として証拠能力が否定されると判断した。

i 違法の重大性

①手続違反の程度

大阪6月決定は、まず、「本件GPS捜査は、対象車両の使用者のプライバシーを大きく侵害するものであり、しかも、管理権者の権利侵害を伴うこともあった」ことから、「その違法の程度は大きい」と認めた。

②遵法行為の困難性・緊急性

また、大阪6月決定は、次のとおり指摘して、警察が「令状請求をする時間的余裕があるのにこれを怠った」と認めた。

「本件GPS捜査は、緊急状況下で行われたものではなく、むしろ、警察官らは、6か月間以上にわたり、合計19台もの車両にGPS端末を対象者の承諾なく取り付け、大規模かつ組織的にGPS捜査を実施している。それにもかかわらず、その間、同捜査に関していかなる令状も取得していないばかりか、令状取得の必要性、可能性及び取得すべき令状の種類等について、警察内部で検討をした形跡すら窺われない。

このような事態は、本件GPS捜査の実施期間や規模からすれば、予期せぬ緊急状況下での対応に迫られる余り令状主義の遵守が¹⁵不十分と

(14) 判例によると、「違法の重大性」と「排除の相当性」という2つの要件が「いずれも満たされた場合にのみ〔違法に収集された〕証拠が排除される」（川出・前掲注（7）443頁）。このうち、「違法の重大性」の判断では、「(a)手続違反の程度（法規〔適法行為〕からの逸脱の程度、法益侵害の程度）、(b)手続違反がなされた状況（違法行為の困難性、緊急性）、(c)手続違反の有意性（令状主義潜脱の意図、計画性、認識性）等」が考慮される。「排除の相当性の判断は、令状主義の精神を没却するような重大な違法行為の存在が前提となっている」ため、「『違法の重大性』が認められる限り、よほど特段の事由がない限り、『排除の相当性』も認められる」といってよいであろう（古江頼隆『事例演習刑事訴訟法〔第2版〕』〔有斐閣、2015〕395-396頁）。

なったものとみることができず、令状請求をする時間的余裕があるのにこれを怠ったものといわなければならない」。

③手続違反の有意性

さらに、大阪6月決定は、以下の事情から、「警察官らの令状主義軽視の姿勢」を認めた。

「司法審査を受けるいとまが十分にあり、そのほか令状請求に何ら支障があったわけではないのに、これを怠ったまま長期間にわたり無令状で本件GPS捜査を続け、そのような検討をも怠った点は、警察官らの令状主義軽視の姿勢の現れと評価せざるをえない。

……また、……警察官らは、……GPS端末の取付け、取外しの際に、管理権者の承諾も令状もなく、私有地に立ち入っている。警察官らが、私有地への立入りを違法であると認識した上で、立入りの時間が短時間であれば問題ないと考えていたことをも考慮すれば、こうした点にも警察官らの令状主義軽視の姿勢を認めることができる」。

ii 排除の相当性

「排除の相当性」要件との関係では、「GPSに関する技術は現在も進歩し続けており、将来的にはより高精度の測位システムに発達し、効果的な捜査に貢献する反面、プライバシー侵害のおそれも高度化し得るというGPSを使用した捜査の特性」についても、「将来における違法捜査抑止という政策的見地から排除相当性を検討するに当たり、考慮すべき事情の一つ」であると指摘した。

iii 証拠能力の有無

「以上の諸事情を総合考慮」した結果、大阪6月決定は、「本件GPS捜査は、令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、……これにより得られた証拠及びこれと密接に関連する証拠である……各証拠を証拠として許容することは、将来における違法捜査抑止の見地からして相当でないものといえるから、これらの証拠能力は、いずれも否定しなければならな

い」という結論に至った。

D. 控訴審（大阪高裁平成28年3月2日判決⁽¹⁵⁾）

これに対し、大阪高裁は、本件GPS捜査の強制処分該当性について、以下のとおり2つの可能性を示唆した上で ((a))、結論としては、本件GPS捜査に「重大な違法」がないと判断した ((b))。

GPS捜査の強制処分該当性 ((a)) については、弁護人の控訴理由が「本件捜査の違法性やそれらによって得られた証拠との関連性に関する判断を誤った結果、違法収集証拠であって証拠能力のない証拠を採用して有罪を認定した」という「違法の程度を主眼としたものであった」⁽¹⁶⁾ ため、明らかな法的判断が示されたわけではない。もっとも、大阪1月決定及び大阪6月決定と同様に、大阪高裁判決も、強制処分該当性の判断において、取得され（得）る位置情報の内容・精度を重要なファクターの一つとして取り上げ、「プライバシーの侵害の程度」を測ろうとする姿勢を示した。以下の大阪高裁の判断は、大阪1月決定と同様に、情報取得の連続性・長期性や情報の蓄積を考慮に入れた点に加え、情報取得の容易性に言及した点でも注目される。

(a) 強制処分該当性

GPS捜査は、「実施方法等いかんによっては、対象者のプライバシー侵害につながる契機を含むものである。本件で実施されたGPS捜査は、一連の窃盗事件の犯人らが移動のために使用する蓋然性があるものと認められた車両を対象に発信器を取り付け、警察官らにおいて、多数回連続的に位置情報を取得したというものであって、これにより取得可能な情報は、

(15) LEX/DB25542299。大阪6月決定を経て言い渡された大阪地判平成27・7・10判時2288号144頁の控訴審判決である。

評釈として、宇藤崇「判批」法学教室431号（2016）145頁がある。

(16) 宇藤・前掲注（15）145頁。

尾行・張り込みなどによる場合とは異なり、対象車両の所在位置に限られ、そこでの車両使用者らの行動の状況などが明らかになるものではなく、また、警察官らが、相当期間（時間）にわたり機械的に各車両の位置情報を間断なく取得してこれを蓄積し、それにより過去の位置（移動）情報を網羅的に把握したという事実も認められないなど、プライバシーの侵害の程度は必ずしも大きいものではなかった。

他方、GPS捜査によると、警察官は、「対象から離れた場所においても、相当容易にその位置情報を取得できる」。また、「本件では、車両によっては位置情報が取得された期間が比較的長期に及び、回数も甚だ多数に及んで」いる上、「サービス利用者が事前に登録した時間帯における対象の位置情報及びサービス利用者が検索取得した対象の位置情報が、過去1か月分及び当月分に限られるものの保存されており、警察官らは、このような位置履歴ファイルをパソコンにダウンロードして、対象の過去の位置（移動）情報を把握することが特に妨げられない状況にあったと認められる」。そこで、「このような点に着目して、一審証拠決定がその結論において言うように、このようなGPS捜査が、対象車両使用者のプライバシーを大きく侵害するものとして強制処分に当たり、無令状でこれを行った点において違法と解する余地がないわけではない」。

(b) 違法収集証拠排除法則

もっとも、「本件GPS捜査の実施には令状が必要であったと解してみても、その発付の実体的要件は満たしていたと考え得るのであり（一審証拠決定〔大阪6月決定〕も、本件GPS捜査は、相当程度の部分で検証許可状が発付された可能性が十分あったと思われる旨指摘している。）、そのほか、本件GPS捜査が行われていた頃までに、これを強制処分と解する司法判断が示されたり、定着したりしていたわけではなかったことをも併せ考えると、その実施に当たり、警察官らにおいて令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとまでは認め難い」。したがって、「少なくとも、本件

GPS 捜査に重大な違法があるとは解され」ない。

2 名古屋事件

A. 事案の概要

被告人Xは、平成25年3月から平成26年1月にかけて、単独であるいは共犯者と共謀の上、愛知県及び岐阜県の住居、店舗等に侵入して金品を窃取するなどしたという住居侵入、窃盗等の合計7件の訴因で起訴された。

捜査の過程で、警察は、X使用車両2台にGPS端末を取り付け、平成25年6月13日から同年9月29日午前7時34分までの間、位置検索を合計1637回行い、大半の場合に位置検索に成功した（以下、「本件GPS捜査」という）。本件GPS捜査は、X使用車両の失尾が続いたこと等を理由に開始され、尾行捜査で失尾した際に位置検索を行う建前であったが、実際には、X使用車両に移動の形跡がなく、失尾したとは考えられない状況でも繰り返し位置検索が行われた。位置検索が全く行われない日があった一方で、1日に109回の位置検索が行われた日もあった。

警察は、本件GPS捜査により、Xの使用する駐車場を把握した。その後、この駐車場にビデオカメラが設置され、その画像の鑑定等により、Xらと本件犯行とが結び付けられた。

X側は、本件GPS捜査がプライバシーを侵害する強制処分に当たるのに、警察が十分な時間がありながら令状を取得する検討すらしなかったのであるから、令状主義の精神を没却する重大な違法があり、かつ、将来の違法捜査抑制の観点からも本件GPS捜査により得られた証拠を排除するのが相当であると主張した。

B. 本件で使用されたGPS

本件で使用されたGPS端末のバッテリーは、それほど長時間もつものではなく、X使用車両に取り付けられた後も、警察官がバッテリーを交換

していた。

本件で使用されたGPSシステムは、契約者がインターネットに接続された携帯電話機等の機器を使ってGPS端末の位置を検索すると、所在位置の大まかな住所、測位誤差及び地図上の位置といった位置情報を使用機器の画面上に表示させることができるものであった。その測位誤差は、最小で24メートル、最大で4096メートルであった。

C. 第一審（名古屋地裁平成27年12月24日判決⁽¹⁷⁾）

名古屋地裁は、本件GPS捜査が強制処分に当たり、令状の発付を受けることなく実施されたために違法であるが（(a)）、その違法の程度が重大であるとはいえない、あるいは本件GPS捜査との関連性が認められないため、X側が排除を主張するいずれの証拠も証拠能力は否定されないと判断し（(b)）、Xに懲役6年の有罪判決を言い渡した。

この名古屋地裁判決も、大阪1月決定及び大阪6月決定と同様に、強制処分該当性の判断において、取得され（得）る位置情報の内容・精度を重要なファクターの一つとして取り上げ、法益侵害の程度を測ろうとする姿勢を示した。また、本判決は、大阪1月決定と同様に、情報取得の連続性・長期性や情報の蓄積を考慮に入れた点に加え、大阪高裁判決と同様に、情報取得の容易性にも言及した点で注目される。

(a) 強制処分該当性

①法益侵害の程度

本判決は、本件GPS捜査による法益侵害の程度について、次の i ～ iv を考慮した結果、「位置検索の結果を個別に見ていけば、その多くが他者からの被告人使用車両の観察を受忍せざるを得ない場所を示すものであったとしても、……対象車両の使用者である被告人のプライバシー等に対す

(17) LEX/DB 文献番号 25541935。

る大きな侵害を伴うものであったといわざるを得ない」と評価した。

i 「本件GPS捜査は、捜査機関において、被告人使用車両が電波の伝わる範囲にあれば、携帯電話機等の操作といった極めて容易な方法により、被告人使用車両の相当正確となり得る位置情報をその場で取得することを可能にしたこと」（情報の内容・精度、情報取得の容易性）。

ii 「本件GPS捜査は、具体的な終期を定めないまま開始されたものであり、本件GPS端末のバッテリー交換を繰り返すことなどによって長期間にわたり位置検索を続けることが可能であったこと」（情報取得の連続性・長期性）。

iii i・iiに照らすと、「得られた位置情報によって、プライバシー保護の期待が強い場所での被告人の行動等が把握されるおそれがあったこと」（情報の内容・精度）。

iv 実際にも、「本件GPS捜査は、被告人に本件GPS端末を発見されるという偶然の事情で終了するまで、3か月以上の相当長期にわたって続き、その間、手で極めて多くの位置検索が行われ、多くの場合に位置検索が成功し、条件のよい場合には測位誤差数十m以下の位置情報を得ることができていたこと」。

②位置情報の記録・蓄積

また、本判決は、位置情報の蓄積が強制処分該当性の判断に与える影響について、「本件GPS捜査において位置検索により得られた位置情報が捜査機関において蓄積記録されていなかったからといって、プライバシー等に対する侵害が小さなものであるなどとはいえない」と指摘した。

③尾行との差異

さらに、本判決は、GPS捜査と尾行の違いについて、「尾行により、対象車両の様子を目視によって観察する場合には、人的資源に自ずから限界があり、長期にわたって継続的に対象車両を観察することは困難であるが、本件GPS捜査にそのような障害はなく、長期間にわたり相当正確となり

得る位置情報を得ることが容易であったのであり、目視による尾行を続けることとは質的に異なる」と、情報取得の連続性・長期性と情報の内容・精度の視点から分析し、GPS捜査が「任意捜査として許容される尾行の補助手段とみることはできない」と評価した。

④GPS端末の取付け・取外し

GPS端末の取付け・取外しが強制処分該当性の判断に与える影響について、本判決は、「本件GPS端末を被告人使用車両に装着したのは店舗駐車場又は公道上であり、その装着態様は相当であるとの主張もあるが、その装着態様がプライバシー等に対する侵害の程度を左右するものではなく、装着態様は本件GPS捜査の強制処分該当性を左右しない」という考え方を示した。

⑤GPS捜査の法的性質と法的規律

以上の考察を経て、本判決は、「本件GPS捜査は、対象車両の使用者のプライバシー等を大きく侵害するものであるから、強制処分にあたる」という結論に至った。

さらに、強制処分の「特別の定」については、「本件GPS捜査は、携帯電話機等に表示される位置検索結果を目視によって認識するものであるから、少なくとも検証の性質を有するものと考えられる」という考え方が示された。

(b) 違法収集証拠排除法則

もっとも、違法収集証拠として本件GPS捜査により得られた証拠の証拠能力が否定されるかどうかについて、本判決は、以下の各要素を検討した結果、「証拠収集過程に重大な違法はなく、その証拠能力は否定されない」という結論に至った。

①手続違反の有意性

「被告人使用車両の動静を把握するという捜査目的自体は正当であったといえること」、「本件GPS捜査が行われた当時、GPSを利用した捜査を強

制処分とする司法判断は出されておらず、警察内には任意捜査に当たり移動追跡装置（GPS 端末）を用いることを肯定する運用要項が存在し、警察官らは、これに基づき、毎日、GPS の運用状況を上官に口頭で報告するなどしていたほか、定期自動位置検索機能は利用しないなど、GPS の使用方法についても一定の配慮をしていたこと」から、「本件 GPS 捜査当時、捜査機関に令状主義を潜脱する意図があったとはいえない」。

② 手続違反の程度

本件 GPS 捜査により判明した X の使用する駐車場は、「誰もが利用できる有料の露天駐車場であって、ここでの行動を他者から観察されることは、本件駐車場の使用者にとって受忍せざるを得ないものである」。

③ 「適法な手続によっても当該証拠を収集可能な場合であったか」⁽¹⁸⁾

「尾行等の捜査によっても、……本件駐車場を把握……できていた可能性もあることも認められる」上、「画像鑑定には、本件 GPS 捜査との関連性を有しない……現場マンションの防犯カメラ映像と被告人らの被疑者写真も鑑定資料に用いられ、それぞれの人物の同一性の鑑定も行われており、本件駐車場を撮影した映像を用いなくとも概ね同様の結論は導けたといえることが認められる」。

D. 控訴審（名古屋高裁平成 28 年 6 月 29 日判決）

新聞報道によると、控訴審においても、本件 GPS 捜査が強制処分に該当すると判断されたようである⁽¹⁹⁾。

(18) 酒巻・前掲注 (8) 502 頁。

(19) 「GPS 捜査：2 審も違法 名古屋高裁『立法的措置検討を』」毎日新聞朝刊東京版 2016 年 6 月 30 日、31 面。

Ⅲ 問題状況の概観

A. GPS 捜査の法的性質（強制処分該当性）

(1) 刑事訴訟法197条1項但書によると、ある捜査活動が「強制的処分」に該当する場合、同法にそれを許容する「特別の定」がある場合に限り実行することができる。そこで、Ⅱで取り上げたいいずれの裁判例も、まずGPS捜査が強制処分に該当するかどうかという法的性質を決定した⁽²⁰⁾。

(20) GPS捜査の法的性質について言及のある近時の文献として、指宿信「ハイテク機器を利用した追尾監視型捜査—ビデオ監視とGPSモニタリングを例に」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』165頁（成文堂，2007），滝沢誠「GPSを用いた被疑者の所在場所の検索について」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』741頁（成文堂，2010），清水真「自動車の位置情報把握による捜査手法についての考察」法学新報117巻7・8号443頁（2011），同「捜査手法としてのGPS端末の装着と監視・再論」明治大学法科大学院論集163頁（2013），同『『プライバシーの期待』についての考察』井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』（成文堂，2014）579頁，同「GPSと捜査」法学教室427号（2016）41頁，稲谷龍彦「情報技術の革新と刑事手続」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』40頁（有斐閣，2013），大久保隆志『刑事訴訟法』（新世社，2014）34頁，大野正博「GPSを用いた被疑者等の位置情報探索」高橋則夫ほか編『曽根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集（下）』485頁（成文堂，2014），辻脇葉子「科学的捜査方法とプライバシーの合理的期待」井田ほか編・前記629頁，上口裕『刑事訴訟法〔第4版〕』（成文堂，2015）93頁，白取祐司『刑事訴訟法〔第8版〕』（日本評論社，2015）122頁，指宿・前掲注（13）58頁，山本龍彦「監視捜査における情報取得行為の意味」法律時報87巻5号（2015）60頁，緑大輔「監視型捜査における情報取得時の法的規律」法律時報87巻5号（2015）65頁，笹倉宏紀「捜査法の思考と情報プライバシー権」法律時報87巻5号（2015）70頁，栗田知穂『エクササイズ刑事訴訟法』（有斐閣，2016）75頁，亀井源太郎ほか『プロセス講義刑事訴訟法』（信山社，2016）54頁〔岩下雅充〕，亀井源太郎＝尾崎愛美「車両にGPSを装着して位置情報を取得する捜査の適法性—大阪地裁平成27年1月27日決定・大阪地裁平成27年6月5日決定を契機として—」刑事法ジャーナル47号（2016）48頁，村井敏邦「GPS捜査の法的規律」季刊刑事弁護85号（2016）84頁，柳川重規「捜査における位置情報の取得—アメリカ法を踏まえて—」刑事法ジャーナル

強制処分と任意処分（非強制処分）の区別は、「特別の根拠規定と令状主義の事前統制を受けることなく捜査機関独自の判断と裁量で実行できるかどうかという捜査機関の行為規範を明瞭にするという点において、決定的に重要である」⁽²¹⁾。もっとも、強制処分の意義は、刑事訴訟法に示されていないこともあり、従前から様々な考え方が示されてきた解釈上の大きな問題点の一つである⁽²²⁾。

(2) さらに、近時の情報技術の高度化を契機として⁽²³⁾、なぜ捜査を法的に規律する必要があるのかという捜査の統制原理に関わる問題提起もさかんである⁽²⁴⁾。GPS 捜査の法的規律の在り方も、捜査の統制原理にさかのぼった検討が必要であろう。

これらについて本稿で論じきるのは不可能であるが、Ⅱで取り上げた裁判例を考察しつつ議論の状況を整理した上で、問題解決の方向性を示したい（Ⅳ）。

B. 「強制的処分」の「特別の定」

一定のGPS 捜査が「強制的処分」に該当する場合があるとすると、次に、GPS 捜査を許容する「特別の定」が刑事訴訟法に存在するかどうかが問わ

48号(2016)30頁, 滝沢誠「捜査における位置情報の取得」刑事法ジャーナル48号(2016)41頁, 中谷雄二郎「位置情報捜査に対する法的規律」刑事法ジャーナル48号(2016)48頁, 太田・前掲注(3)61頁等がある。

(21) 酒巻・前掲注(8)27頁。

(22) 三井誠『刑事手続法(1)〔新版〕』(有斐閣, 1997)80頁以下, 井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』(有斐閣, 2014)3頁以下参照。

(23) 稲谷・前掲注(20)40頁。

(24) 稲谷龍彦「刑事手続におけるプライバシー保護(一)～(八・完)―熟議による適正手続の実現を目指して―」法学論叢169巻1号1頁(2011), 169巻5号1頁(2011), 171巻5号26頁(2012), 171巻6号1頁(2012), 172巻2号1頁(2012), 173巻2号1頁(2013), 173巻3号1頁(2013), 173巻6号1頁(2013), 笹倉・前掲注(20)・73-74頁。

れることとなる。GPS捜査が強制処分に該当すると判断したⅡの裁判例は、いずれも、GPS捜査について、「検証」（218条1項）という「特別の定」が存在するという考え方を示した。

「特別の定」が存在するかどうかをいかなる基準で判断するのかについては、これまで十分に議論されてきたとは言い難いと思われるが⁽²⁵⁾、少なくとも、「本件GPS捜査は、携帯電話機等の画面上に表示されたGPS端末の位置情報を、捜査官が五官の作用によって観察するものであるから、検証としての性質を有する」⁽²⁶⁾という説明だけで十分であるとは思われない。GPS捜査についての「特別の定」が刑事訴訟法上に存在すると考えることができるかどうかについても、検討課題を整理し、問題解決の方向性を示したい（Ⅴ）。

Ⅳ GPS捜査の法的性質

A. 判例上の強制処分の意義

最高裁判所は、被疑者の腕を掴んで引き止めた警察官の行為の適法性が問題とされた事案において、「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」という考え方を示した⁽²⁷⁾。この判例は、「①対象者の意思の制圧、②身体、住居、財産等の重要な権利・自由・利益の侵害という2つの要因により強制処分と任意処分を区別し、任意処分であってもその相当性を検討するとの判断枠組みを示した」と解されている⁽²⁸⁾。

(25) 松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、2010）237頁以下参照。

(26) 大阪6月決定。

(27) 最決昭和51・3・16刑集30巻2号187頁，191頁。

このうち、①の要因については、GPS 捜査のように「当事者が知らない間に行う捜査」が問題となる場合、「意思の制圧の有無は、合理的に推認される当事者の意思に反するか否か」により決せられるという⁽²⁹⁾。

②の要因については、「いかなる性質の法益がどの程度侵害されているのかを、徹底的に分析すること」⁽³⁰⁾が求められよう。例えば、梱包された宅配便荷物のエックス線検査が強制処分に該当するかどうかが問われたとすると、「エックス線検査によって内容物の形状や材質をうかがい知ることは、荷送人や荷受人のプライバシーを侵害ないし制約する」ものの、「エックス線検査が強制処分に当たるか否かは、そのことから直ちに決まるわけではなく、その侵害や制約の程度いかんによる」⁽³¹⁾のである。

昭和51年決定以降の判例も、「具体的捜査手続が問題となった場合に、同様の枠組みで個別の事例判断をしている」⁽³²⁾といわれる。そこで、まずは、Ⅱで取り上げた裁判例がいかなる要素に着目して、GPS 捜査の強制処分該当性一特に、②の要因一を判断したのかについて整理する。

B. 裁判例が取り上げた判断要素

(a) 情報の内容・精度

GPS 捜査の法的性質の決定に当たって、Ⅱで取り上げたすべての裁判例

(28) 鹿野伸二「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成20年度』（法曹会、2012）289頁，298-299頁。

(29) 増田啓祐「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成21年度』（法曹会、2013）371頁，384頁。

このように説明される「意思の制圧」は、いわゆる意思制圧説のいう「処分の方法・態様が意思を制圧するような強度」とは、「全く異なる意味であることに留意が必要」であろう（古江・前掲注（14）18頁）。

(30) 酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造（2）」法学教室284号（2004）62頁，68頁。

(31) 増田・前掲注（29）386頁。

(32) 鹿野・前掲注（28）299頁。

が考慮したのは、GPS捜査によって獲得され（得）る位置情報の内容・精度である。強制処分該当性を否定した大阪1月決定では、GPS端末の「精度は、状況によっては数百メートル程度の誤差が生じることもあり、得られる位置情報は正確なものではなかった」という点が考慮された。他方、強制処分該当性を肯定した大阪6月決定では、「不特定多数の第三者から目視により観察されることのない空間、すなわちプライバシー保護の合理的期待が高い空間に対象が所在する場合においても、その位置情報を取得することができる」という点、名古屋地裁判決では、「得られた位置情報によって、プライバシー保護の期待が強い場所での被告人の行動等が把握されるおそれがあったこと」という点がそれぞれ考慮された。大阪1月決定と大阪6月決定及び名古屋地裁判決との判断を分けたのは、この要素である。

これらの判断は、処分対象に係る情報を収集する捜査の強制処分該当性について、取得され（得）る情報の内容に着目して法益侵害の程度を判定してきたと評し得る最高裁判所の判例に沿っているといえることができる。

最高裁判所は、例えば、梱包された宅配便荷物のエックス線検査について、「その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能」であるという、当該エックス線検査により獲得され得る情報の内容に着目し、「荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たる」と判断した⁽³³⁾。他方、職務質問対象者の所持するバッグの施錠されていないチャックを開披し内部を一べつする所持品検査について、最高裁判所は、強制処分に該当しないと判断した⁽³⁴⁾。

これらの判例については、「梱包された宅配便荷物の外部からエックス

(33) 最決平成21・9・28刑集63巻7号868頁，870頁。

(34) 最判昭和53・6・20刑集32巻4号670頁，676-677頁。

線を照射して内容物の射影を観察した行為を、強制処分たる検証にあたる」というのであれば、「バッグのチャックを開けて直接に中を見る行為」が強制処分たる「捜索にはあたらないとする判断と整合するのかという疑問」⁽³⁵⁾が生じよう。どちらの検査も、平成21年決定のいう「内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能」な処分類型であるといえそうであるからである。もっとも、これらの判例が、「〔昭和53年判決の所持品検査の場合には、〕チャックの間から視線の届く範囲でバッグの内部を把握できるにとどまるのに対し、〔平成21年決定の〕エックス線検査の場合には、チャックの間からは直接見えないような、バッグの奥にある内容物まで把握できることがある」⁽³⁶⁾という意味で整合性を保っているとすれば⁽³⁷⁾、判例上、処分対象に係る情報を収集する捜査が強制処分に該当するかどうかは、主として、当該捜査により取得され得る情報の内容に着目し、法益侵害の程度を判定することによって決せられているといえることができる⁽³⁸⁾。

(35) 川出・前掲注(7) 39頁。平成21年決定は、「所持品検査の限界に関する従来の判断が正当性を保ち得るものかを問い直す契機をはらむものであることは確か」（井上正仁「梱包内容のエックス線検査」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』〔有斐閣，2011〕71頁）であろう。

(36) 増田・前掲注(29) 389頁。

(37) 「結局は、所持品に係るプライバシー侵害の程度によって〔強制処分たる〕捜索か否かを区分するしかないことになるが、プライバシー侵害がどの程度に至れば捜索にあたるのかについて明確な基準を立てることは困難であり、それゆえ、何が〔強制処分たる〕捜索にあたるかは、今後の判例の集積を待つほかない」と指摘されている（川出・前掲注(7) 39頁）。

(38) GPS捜査の法的性質の決定に当たって、取得され（得）る位置情報の内容・精度を考慮することは、適切であると思われる。もっとも、Dで整理するとおり、大きな問題の一つは、法的性質の決定に当たって考慮すべき事実関係の範囲（情報の取得、蓄積、分析という情報処理プロセスのうち、どの段階までを考慮するか）である。

緑・前掲注(10)4頁では、「情報集積を継続することに意味があるGPS捜査において『1

(b) 情報取得の連続性・長期性

大阪1月決定は、強制処分該当性を否定する事情の一つとして、「24時間位置情報が把握され、記録されるというものではなかった」ことを挙げた。他方、名古屋地裁判決は、強制処分該当性を肯定する事情の一つとして、「本件GPS捜査は、具体的な終期を定めないまま開始されたものであり、本件GPS端末のバッテリー交換を繰り返すことなどによって長期間にわたり位置検索を続けることが可能であった」ことを挙げた。

名古屋地裁判決がGPS捜査と尾行との違いを説明するに当たって、「尾行により、対象車両の様子を目視によって観察する場合には、人的資源に自ずから限界があり、長期にわたって継続的に対象車両を観察することは困難であるが、本件GPS捜査にそのような障害はなく、長期間にわたり相当正確となり得る位置情報を得ることが容易であったのであり、目視による尾行を続けることとは質的に異なる」と評価したことからもうかがわれるように、この要素は、GPS捜査により得られる位置情報の内容・精度((a))に影響を与えるものである。位置情報の取得が長期に及べば及ぶほど、取得される情報量が増え、取得される情報内容が質的に転換する可能性が高まるからである。例えば、位置情報の取得が長期に及び、さらに取得された情報を分析すること((c))で、「対象者の親族や交友関係・宗教や政治的信条・職業・性的嗜好等の個人情報網羅的に明らかにすること」⁽³⁹⁾ができるであろう。位置情報の取得が長期に及ぶことにより、取得される情報が単なる「対象者の一時点の所在」から「対象者の親族や交友関係・宗教や政治的信条・職業・性的嗜好等」へと質的に転換すると思われるのである。そうであるとすれば、このような「位置情報の質的転換」をGPS捜査の法的性質を決定するに当たって考慮できるかどうか、問題の核

回の処分』の画定に困難を伴っている可能性」が指摘されている。

(39) 中谷・前掲注(20) 56頁。

心であろう。Dで整理するとおり、情報内容の質的転換を考慮する（質的転換後の情報内容を基にGPS捜査の法的性質を決定する）に当たっては、解決を求められる大きな理論的問題が存在する。さらに、この要素を考慮するとすれば、「監視型捜査の実施機関の長短について特に言及することのなかった従来の判例理論との整合性も問題となり得る」⁽⁴⁰⁾ はずである。

(c) 情報の蓄積と蓄積された情報の分析

大阪1月決定は、強制処分該当性を否定する事情の一つとして、警察官らが「位置情報を一時的に捜査メモに残すことはあっても、これを記録として蓄積していたわけではない」ことを挙げた。大阪高裁判決は、強制処分該当性を否定する事情の一つとして、「警察官らが、相当期間（時間）にわたり機械的に各車両の位置情報を間断なく取得してこれを蓄積し、それにより過去の位置（移動）情報を網羅的に把握したという事実も認められない」ことを挙げつつ、強制処分該当性を肯定する事情の一つとして、一定の位置情報が「過去1か月分及び当月分に限られるものの保存されており、警察官らは、……位置履歴ファイルをパソコンにダウンロードして、対象の過去の位置（移動）情報を把握することが特に妨げられない状況にあった」ことを挙げた。

他方、名古屋地裁判決は、「本件GPS捜査において位置検索により得られた位置情報が捜査機関において蓄積記録されていなかったからといって、プライバシー等に対する侵害が小さなものであるなどとはいえない」と述べ、位置情報の「蓄積記録」を強制処分該当性の判断と直結させることはなかった。

この要素も、(b)と同様に、「位置情報を間断なく取得してこれを蓄積し、それにより過去の位置（移動）情報を網羅的に把握」することにより、単

(40) 匿名記事「判批」判例タイムズ1424号319頁、320頁。

なる「対象者の一時点の所在」という情報が質的に転換するという意味で、GPS捜査により得られる位置情報の内容・精度（(a)）に影響を与えるものであろう。この要素を考慮することも、Dで整理するとおり、理論的な問題がある上、「捜査の情報取得の場面を重視して、捜査の法的性質を判断するのが従前の判例理論だとするならば、……それと整合しないおそれが大きい」⁽⁴¹⁾。

(d) 情報取得の容易性

GPS捜査の法的性質決定に当たって、しばしば言及されるのが「情報取得コスト（情報を取得するための人的・物的資源が少なくて済む）こと」⁽⁴²⁾である。名古屋地裁判決にも、この要素を強制処分該当性を肯定する事情の一つとして取り上げているかに読める部分がある⁽⁴³⁾。

確かに、情報の取得が容易になればなるほど、取得される情報量が増え、取得される情報内容に影響を与えるという意味では、(b)・(c)と同様に、情報取得の容易性も、GPS捜査の法的性質の決定に影響を与える要素であるといえそうである。

もっとも、情報取得コストが低下し、「事実上濫用されやすい捜査手法であるから、その規制の必要性が高いため、強制処分性を肯定すべき」であるという意味でこの要素を考慮するのであれば、そのような判断は、「強制処分性の判断基準を被侵害利益の性質等に求める昭和51年決定とは整合的でない」⁽⁴⁴⁾といえる。情報の濫用的収集は、「情報コストの低下その

(41) 匿名記事・前掲注(40) 320頁。

(42) 匿名記事・前掲注(40) 320頁。

(43) 「本件GPS捜査は、捜査機関において、被告人使用車両が電波の伝わる範囲にあれば、携帯電話機等の操作といった極めて容易な方法により、被告人使用車両の相当正確となり得る位置情報をその場で取得することを可能にしたこと」が強制処分該当性を肯定する事情の一つとして挙げられている。

(44) 匿名記事・前掲注(40) 320頁。

ものが原因ではないことにも注意が必要である」⁽⁴⁵⁾。

さらには、情報技術の発達により、例えば、「捜査情報を一律にデータベース化し、これにアクセスしうる情報端末のアクセスログやキーログの保存を義務づけ、誰がどのような情報にアクセスしたのか、あるいはどのような情報を入力したのかを事後的に検証できるようにすることは、個人情報濫用に対する懸念を構造的に払拭するのみならず、効率的な情報共有のあり方や、効果的な広域捜査のあり方等についての新たな知見を得る鍵ともなりうる」⁽⁴⁶⁾。この一例からも分かるとおり、「一般にプライバシー権との関係で緊張関係に立つと解されて来た情報技術の発達は、むしろ大きくプラスに作用すること」⁽⁴⁷⁾もある。情報コストの低下による情報取得の容易性については、GPS 捜査の法的性質の決定においてどのように作用する要素として捉えるべきか、難しい問題をはらんでいる。

(e) GPS 端末の取付け・取外し

大阪6月決定は、「管理権者の包括的承諾に疑義のある場所に立ち入ってGPS端末の取付け、取外しを行っている点においても、本件GPS捜査には管理権者に対する権利侵害がある可能性を否定し難い」と指摘し、GPS端末の取付け・取外しがGPS捜査の適法性に影響を与える可能性を示唆した。これに対し、名古屋地裁判決は、GPS端末の「装着態様がプライバシー等に対する侵害の程度を左右するものではなく、装着態様は本件GPS捜査の強制処分該当性を左右しない」と明言した。

アメリカ合衆国では、一定のGPS捜査について、既に合衆国最高裁判所の判断が示されている⁽⁴⁸⁾。この判例において、合衆国最高裁は、「政府

(45) 稲谷龍彦「警察における個人情報の取扱い」大沢秀介監修『入門・情報と安全』（成文堂、2015）1頁，14頁。

(46) 稲谷・前掲注（45）9頁。

(47) 稲谷・前掲注（45）9頁。

(48) United States v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012).

による対象車両へのGPS端末の装着及びその端末による対象車両の動きの監視が、合衆国憲法修正4条の『搜索 (search)』に該当する」という、GPS端末の取付けに力点を置いた判断を示した⁽⁴⁹⁾。

わが国の判例理論との関係でGPS端末の取付け・取外しがもつ意味を整理すると、情報取得に伴う措置が本体たる情報取得の法的性質に影響を与えるのか、という問題として捉えることができると思われる。例えば、判例上、警察官職務執行法2条1項の「質問」に伴い、「搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り」、所持品検査として「許容される場合がある」⁽⁵⁰⁾。この判例が「とくに『強制にわたらないもの』という要件を挙げたのは、所持品検査にあつては、その態様がもともと搜索に至らない程度のものがあり得るため、そのような行為であっても、強制力を用いて行ってはならないとの趣旨」を明らかにするためである⁽⁵¹⁾。したがって、「所持品に係るプライバシー侵害の程度においては搜索とまではいえないが、その際に、強度の有形力が行使されているような場合……例えば、抵抗する対象者を押さえつけ、バッグを取り上げたうえで、……そのチャックを開けて中を一瞥する」ことは許されない⁽⁵²⁾。「搜索に至らない程度」、

邦語の紹介として、土屋眞一「捜査官がGPSにより公道を走る被疑者の車を監視することは、違法な搜索か？」判時2150号3頁（2012年）、辻雄一郎「電子機器を用いた捜査についての憲法学からの若干の考察」駿河台法学26巻1号（2012）39頁、眞島知子「アメリカ刑事法の調査研究（135）」比較法雑誌47巻1号219頁（2013）、緑大輔「[2013-2] アメリカ法356頁、三井=池亀・前掲注（1）55頁、尾崎愛美「位置情報の取得を通じた監視行為の刑事訴訟法上の適法性—United States v. Jones判決と以降の裁判例を契機として—」法学政治学論究104号（2015）249頁等がある。注（20）に挙げた文献の多くも、この判決に触れている。

(49) 三井=池亀・前掲注（1）56-61頁。

(50) 最判昭和53・6・20刑集32巻4号670頁、676頁。

(51) 岡次郎「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和53年度』（法曹会、1982）198頁、218頁。

すなわち任意処分として所持品検査を実施するためにとりうる措置には、「それが強制処分としての実質を持つものであってはならないという限界がある」⁽⁵³⁾のである。

これと同じように、GPS 捜査が任意処分であれば、強制にわたる態様で GPS 端末を脱着することは許されない⁽⁵⁴⁾。他方、GPS 捜査が強制処分であり、その「特別の定」が存在するのであれば、GPS 端末の取付け・取外しがその強制処分の効力範囲に含まれているといえなければならない⁽⁵⁵⁾。このように考えられるとすると、GPS 端末の取付け・取外しは、名古屋地裁判決のいうとおり、GPS 捜査の法的性質の決定に直接作用する要素ではないことになろう。

C. 捜査機関による情報の取扱いについての議論の状況

(1) B のとおり、近時の刑事裁判例において、GPS 捜査の法的性質を決定する上で大きな意味をもっていたのは、取得され（得）る位置情報の内容・精度である。さらに、位置情報の内容を質的に転換させる、情報取得の連続性・長期性、情報の蓄積と蓄積された情報の分析や情報取得の容易性も、GPS 捜査の法的性質を決定する上で取り上げられていた。

もっとも、情報取得の連続性・長期性といった要素を加味して GPS 捜

(52) 川出・前掲注 (7) 34 頁。

(53) 川出敏裕「強制処分の効力について」井上正仁=酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012）517 頁，536 頁。

(54) 「写真撮影等を実施するため第三者に対しその意思を制圧する程度の有形力を行使する場合も、本体である写真撮影等を含め全体が強制処分に当たることになるとする見解があるが、……本体の処分が任意処分として実施される限り、許されないということに過ぎないのであって、付随的にしろそのような要素が加われれば、本体も強制処分の性質を帯びるということではない」（井上・前掲注 (22) 23 頁）と考えられるのと同様である。

(55) 川出・前掲注 (53) 521 頁。

査の法的性質を決定するのは、捜査機関による情報の取扱いに対するこれまでの法的規律の在り方と距離があるといわざるを得ない。というのも、「警察の情報実務には、情報の収集・取得、それに引き続く情報の保存・集積、さらには利用・連結・解析などが含まれるところ、これまでの実務・裁判例・刑法法学説は、もっぱら情報取得時のインパクトに着目し、かかる情報取得の法的正当性に焦点を当ててきた」⁽⁵⁶⁾と思われるからである。

そこで、次に、捜査機関による情報の取扱いについて、これまでの法的規律の在り方を概観した上で、GPS捜査の法的規律の在り方を考える際の検討課題を整理したい。

(2) 捜査機関による情報の取扱いをめぐる法的な制度を設計する前提として、なぜ捜査を法的に規律するのかという根本的な点—捜査の統制原理—が、情報技術の高度化を一つの契機として、さかんに議論されている。GPS捜査の法的性質を決定するに当たっても問題となる「強制的処分」の意義についての代表的な見解をみると、捜査の統制原理についてのこれまでの発想を読み取ることができる。

(a) 権利論

代表的な見解は、「強制的処分」を「相手方の明示または黙示の意思に反する」、「重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う」処分類型であると説く⁽⁵⁷⁾。刑事訴訟法に定められた強制処分に関する一連の規定は、いずれも要件・手続が厳格である上、強制処分は、原則として憲法33条、35条の令状主義の適用を受ける。そこで、「およそ何らかの権利や利益の制約があれば強制処分だというわけではなく、やはり、そのような法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う場合にはじめて、強制処分と

(56) 山本・前掲注(20) 60頁。

(57) 井上・前掲注(22) 11-12頁〔傍点原著者〕。

いうことになる」⁽⁵⁸⁾と考えるのである。これは、「高度の法益侵害を伴う行為類型であるからこそ、立法府による特別の根拠規定と個別的令状審査を要求してでも厳格慎重に制禦することが要請される」⁽⁵⁹⁾という、法益侵害を捜査機関統制の中核に据える考え方であるといえる⁽⁶⁰⁾。

そうすると、強制処分としての法的規律を及ぼすか、それとも任意処分としての法的規律を及ぼすかという「ある捜査手段の性質決定は、いかなる性質の法益がどの程度侵害されているのかを、徹底的に分析することにより導かれる」⁽⁶¹⁾ことになる。被侵害法益としてプライバシー権が想定される捜査機関による情報の取扱いについては、「プライバシー権を定義し、その言説を用いて権力濫用を抑制しようという戦略」⁽⁶²⁾が採用されてきたといつてよいであろう。

このように、法益侵害を起点に捜査機関統制を組み立てようとすると、情報技術の高度化という事態の下ではなおさら、以下の困難な問題が生じる。

まず、プライバシー権の意味内容が定まっていない、あるいは情報技術の発達等様々な要因によりその意味内容が変化するため、捜査機関統制の中核であるはずの法益とその重要性の評価を確立するのが容易でない事態が生じる⁽⁶³⁾。「GPS捜査はプライバシー権を侵害するから強制処分である」

(58) 井上・前掲注(22) 12頁〔傍点原著者〕。

(59) 酒巻・前掲注(8) 29頁。

(60) したがって、「法益侵害を中核に据える考えに立つと、個別具体的事案において、対象者に法益侵害が認められない場合、あるいは、それが極めて微弱である場合には、当該捜査手段を法的に規律する核心的根拠が失われることになる」(酒巻匡「刑事手続における任意手段の規律について」法学論叢162巻1-6号〔2008〕91頁、95頁)。

(61) 酒巻・前掲注(30) 68頁。

(62) 稲谷・前掲注(45) 5頁。

(63) 「憲法学の議論の主眼」は「権利の確立つまり情報の取扱いを抑止することに置かれている」ため、「憲法学の情報プライバシー権論は権利の存在は教えてくれるものの、その保護を相対化し捜査権限行使の要件を設定するための手掛かりは必ずしも

といった程度の言語化では、説得的に強制処分該当性を論証できているとはいえないであろう。

また、仮に法益とその重要性の評価が確立されたとして、情報の取得、取得した情報の蓄積、蓄積した情報の利用・連結・解析という情報処理プロセスのうち、その重要な法益の侵害がどの段階で生じるのかを捕捉することも容易ではない。そうすると、例えば強制処分については、法益侵害発生時を対象に、生じ得る法益侵害の「正当な理由」を裁判官が事前に審査するという令状主義による規律が有効・適切に機能しない結果、過剰な法的規律が及んだり過小な法的規律しか及ばなかったりするという弊害が生じることにともなりかねない。

(b) 制度論

そこで、プライバシー権の解釈を通じた捜査機関統制には限界があるという問題意識に基づき、「プライバシー侵害の程度や質をめぐる非生産的な議論を終結させ」、「捜査機関統制にかかる刑事手続法規定は、特定の権利・利益の保護そのものを目的とするものではなく、国民の利益の最大化という観点から捜査機関を動機づけるための規定である」と捉える考え方が提唱されている⁽⁶⁴⁾。この見解は、「プライバシー権の概念を専ら政治的自由に一元的に還元し、制度的、客観法的なものと解する点に特徴がある」⁽⁶⁵⁾。この見解によると、「強制的処分」は、「その実施が政府の自己利用目的であった場合に、すなわちエージェンシー Slack⁽⁶⁶⁾が起きた場合に、思

十分に与えてはくれない」(笹倉・前掲注(20) 69-70頁)のである。

(64) 稲谷・前掲注(24) 法学論叢 173 巻 6 号 32 頁。

(65) 笹倉・前掲注(20) 74 頁。

(66) 「本人 principal の利益が、代理人 agent の行動に依存している場合において、エージェンツが本人の利益を図るために行動せず、むしろ自らの利益を図るために行動することによって、本人の利益が害されてしまうという問題を指す」(稲谷龍彦「刑事手続におけるプライバシー保護—熟議による適正手続の実現を目指して—」刑法雑誌 53

想調査に基づく『敵』の弾圧のような、民主主義的過程に重大な危険を生じさせるため、当該捜査手法によって得られる利益に鑑みてもなお、その実施が特別の手続によって規律されなければならない捜査手法」であると定義付けられる⁽⁶⁷⁾。

情報処理プロセスの法的規律の在り方を考察するに当たっては、「警察における資源配置の適正化を目指して、……情報処理プロセスの各段階における様々な規律手段の長所と短所とを出来る限り把握し、それらをどのように組み合わせるのが最も優れているのかを分析する必要」があるという⁽⁶⁸⁾。そのメインプレーヤーは、多様な資源を活用できる立法府である。

先に触れたとおり、捜査機関による情報の取扱いについての法的規律の在り方は、「情報の取得それに引き続く保存、あるいは利用・分析といった情報処理の一連の過程の中で、情報取得時のインパクトを重視し、もっぱら情報取得の正当化に神経を集中させる」という、「取得時中心主義」⁽⁶⁹⁾と表現できる様相を呈してきた。そして、「それによって、警察による情報の保存・集積や利用・解析といった問題が議論の後景に退き、そこに、法的統制の及ばない、ある種の『聖域』が形成されてきた」⁽⁷⁰⁾ことは確かで

巻2号〔2014〕228頁，233頁）。

論者は、日本国憲法35条の母法であるアメリカ合衆国憲法修正4条は、「沿革上、人民から刑罰権を付託された政府が、政敵弾圧のために、文書の渉猟的搜索・押収を行うことを禁じることを主目的とした規定だった」（同233-234頁）と分析する。

(67) 稲谷・前掲注(24) 法学論叢173巻6号9頁。

(68) 稲谷・前掲注(45) 10頁。

(69) 山本龍彦「警察による情報の収集・保存と憲法」警察学論集63巻8号(2010) 111頁，112頁。

(70) 山本・前掲注(20) 60頁。論者は、その一例として、「採血や口腔内組織の除去等を通じて行われるDNAの『採取』手続の法的正当性に議論が集中し、そこから得られるDNA型情報のデータベース登録や、その長期的な保存・検索・利用等の法的正当性について強い関心が寄せられることはなかった」というDNA型データベースを

ある⁽⁷¹⁾。法的な手当てが十分に講じられていない「聖域」が存在するという問題の一因が、法益侵害を中核に据えるこれまでの捜査機関統制の在り方にあるのであれば、そのような問題指摘も踏まえて適切な措置を講じる必要があろう。この見解の現状認識や問題意識には、共感できる点が少なくない。

D. 検討を要する課題と解決の方向性—予防法理としてのモザイク理論—

(1) 捜査機関による情報の取扱いのうち、GPS捜査の法的規律の在り方を考えるに当たっては、捜査の統制原理をどのように考えるべきかということと、捜査の統制原理を踏まえて、GPS捜査にどのようなタイミングでどのような内容の法的規律を設けるべきかということを検討する必要がある。前者については、現在の捜査法の枠組みを維持できるかどうかを検討することになろう。後者については、刑事立法の現実的可能性も考慮しつつ、情報処理プロセス全体に目配りした法的規律を設計することが肝要である。情報処理プロセス全体に目配りした法的規律—とりわけ、情報取得後の法的規律—を考えることが、刑事訴訟法の特定の規定の解釈論として可能であるか—例えば、個人情報のデータベース化が強制処分に該当するか—という問題設定が適切であるか—という問題も生じよう⁽⁷²⁾。

めぐる議論を挙げる。

(71) 警察における情報の保管と利用の現状等については、田村正博『全訂警察行政法解説〔第2版〕』（東京法令出版、2015）330頁以下を参照。

(72) 山本龍彦「警察による情報保管・データベース化の『法律』的統制について」大沢秀介ほか編『社会の安全と法』（立花書房、2013）263頁、280頁では、「個人情報の長期的かつ大規模な集積・統合を目的とするデータベース化（あるいはデータベース登録）については、これを強制処分と捉えて法律上の根拠を要すると解すべきであるが…、個人情報の短期的・一時的な保存を目的とする情報収集（監視カメラ、Nシステムなど）については、強制処分には当たらないとしても、その保存がデータベースへと転ずる危険性を踏まえて（プロト・データベースとしての性格を踏まえて）、

(2) 法益侵害を捜査機関統制の中核に据える現在の捜査法の在り方を維持すべきであると考え、もしくは現在の捜査法の在り方を一応の前提として考えるとすると、情報取得後のプロセスにより生じる情報の質的転換を見越した、情報取得時の法的規律を構築することが喫緊の課題である。情報処理プロセスの高度化により、位置情報のような一つ一つは特定人について多くを明らかにしない単純な個人情報であっても、それが蓄積され分析されることで質的に転換するとすれば⁽⁷³⁾、情報処理プロセス全体をみたときに、「警察による個人情報の集積・利用・解析等を明確かつ具体的に規律する法律が存在しない現在の法制度の下では、警察による情報取得行為の性格を、その取得場面だけを切り取って判断することはできない」⁽⁷⁴⁾と思われるからである。

(3) 位置情報の取得時の法的規律を設計するに当たって、取得後の位置情報の質的転換を考慮するという発想については、GPS 捜査についてのアメリカ合衆国の刑事裁判例が参考になる。合衆国の裁判例は、特定個人の「詳細な生活像 (an intimate picture of subject's life)」⁽⁷⁵⁾や「詳細な人物像 (a highly detailed profile)」⁽⁷⁶⁾という、質的転換後の情報の性質を基に、GPS 捜査の法的性質を決定しようとしているように思われるからである⁽⁷⁷⁾。

法律制定のインセンティブを強く与えるような違憲審査の方法を採用すべきである」と提案されている。

(73) IV B. (b) 参照。

位置情報が質的に転換すると考えるべきであるかどうかとも、GPS 捜査の法的規律を考える上で解決されなければならない問いである。

(74) 山本・前掲注 (20) 62 頁 [傍点原著者]。

(75) *People v. Weaver*, 909 N.E.2d 1195, 1199-1201 (N.Y. 2009).

(76) *United States v. Maynard*, 615 F.3d 544, 560-63 (D.C. Cir. 2010), *aff'd sub nom.* *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945 (2012).

(77) 合衆国では、GPS 捜査が合衆国憲法修正 4 条の「search」に該当するかどうかという問題として考えられている (IV B. (e) 参照)。「アメリカの搜索押収の第 4 修正違

このような考え方を参照するに当たって、①まずは、これらの「詳細な生活像」や「詳細な人物像」といった質的転換後の情報に、捜査機関統制を発動することを基礎づける法益性が認められるかどうかとともに、②質的転換後の情報の性質を基に情報取得時の法的規律を組み立てるという仕組みが理論的に成り立ち得るかどうかが大きな問題となる。合衆国では、「一見すると無害の情報も、一つに集められると、損害を生じさせる全体像を明らかにし得る」という「モザイク理論」に基づき、情報の取得・開示が制約される法領域があり、この考え方を刑事手続に応用する試みがみられる。この考え方がわが国の刑事手続に援用可能であるかどうかについては、稿を改めて詳論したい⁽⁷⁸⁾。さらに、③これらの理論的問題を解決

反の該当性には『不合理か否か』という利益衡量の要素が組み込まれ、捜査官に不可能や著しい困難を強いないための様々な判例法理が形成されているという判断枠組みの全体が、……我が国の強制処分と任意処分の適法性等の判断枠組みの全体と対応しているのであり、それらの構造の組み立て方や性格は大幅に異なっている」（太田・前掲注（3）69頁）から、参照できるのは、合衆国における「発想」にとどまる。

(78) 位置情報の質的転換は、位置情報の取得後に行われるプロセスの、いずれかの段階で生じる。しかし、それを正確に捕捉することは困難である。そこで、「モザイク理論」を援用し、質的転換後の情報の性質を基に情報取得時の法的規律を組み立てようとすると、予防的に法的規律を及ぼすことが許容されるかという理論的問題の解決も求められることになる。質的転換の可能性があるというタイミングで、予防的に捜査活動に法的規制を及ぼすことになり得るからである（もっとも、予防性の問題が生じるのは、情報取得時に法的規律を設ける場合に限られない。質的転換時点を正確に捕捉できない以上、情報処理プロセスのいずれの段階に法的規律を及ぼすにしても、予防的な側面を否定できないからである）。そこで、別稿では、「予防法理」である「モザイク理論」をわが国で導入することが理論的に可能であることについて論じる予定である。なお、同様の発想が示唆されている近時の論稿として、柳川・前掲注（20）38頁注（30）がある。また、山本龍彦「[基調報告] プライバシーの権利」ジュリスト1412号（2010）80頁、89頁では、「権利論」としての「予防的ルール」を「参照」することにより、「情報主体に具体的害悪を与えるわけではない」情報処理過程にお

できたとして、GPS 捜査にどのような法的規律を設けるのが適切であるか、その具体的内容も練らなければならない⁽⁷⁹⁾。

V 「強制の処分」の「特別の定」

A. 「検証」が GPS 捜査の「特別の定」に当たるという近時の刑事裁判例の考え方

一定のGPS 捜査が「強制の処分」に該当するとすれば、それを許容する「特別の定」が「この法律」、すなわち「刑事訴訟法」の中に存在しなければならない。GPS 捜査が『強制の処分』の実質を有しながらその要件・手続が法定されていない場合には、197条1項但書によりそのような処分は違法となる。たとえそれが既存の法形式に依拠して実施されたとしても……、その実質が法の予定する範囲を超える新たな処分と解される場合には、やはり強制処分法定主義に違反する⁽⁸⁰⁾。

Ⅱでみたように、GPS 捜査が強制処分に該当すると判断した裁判例は、いずれも、GPS 捜査について、「検証」（218条1項）という「特別の定」が存在すると判断した⁽⁸¹⁾。「検証」とは、「一定の場所、物、人の身体につき、その存在や形状、状態、性質等を五官の作用（視覚・聴覚・嗅覚等の五感）

ける「権利論的課題」に対処できる可能性が示唆されている。

(79)「監視型捜査は、微細な情報の集積を継続的に行うことで、初めて全体像を把握して有意な情報を獲得する側面がある。そのような情報収集態様の特性に応じた規律方法として、個別的な事前規制たる令状主義が必ずしも適合的ではない可能性がある」（緑・前掲注（20）69頁）という指摘がある。

(80)酒巻匡「強制処分法定主義」法学教室197号（1997）30頁，31頁。

(81)以下の答弁によると、警察庁も、GPS 捜査が仮に強制処分に当たるとしても、「検証」という「特別の定」が存在すると考えているようである。

「位置情報の取得は、まさに携帯電話端末から携帯電話会社のコンピューターシステムにもたらされる当該位置情報が表示された画面などを五感の作用によって認識

によって認識する行為を強制的に行う処分」⁽⁸²⁾である。大阪6月決定のいうとおり、GPS捜査は、「携帯電話機等の画面上に表示されたGPS端末の位置情報を、捜査官が五官の作用によって観察するものであるから、検証としての性質を有する」ことは確かである⁽⁸³⁾。

B. 検討を要する課題と解決の方向性—新たな「特別の定」—

そうであるとしても、問題は、GPS捜査の実質が現行法の予定する「検証」の範囲を超える新たな処分ではないかということである。

最高裁判所は、「特別の定」の有無に関して、「体内に存在する尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する行為」（強制採尿）を「搜索・差押の性質を有するものとみるべきである」と判断した⁽⁸⁴⁾。これは、「行為の目的が犯罪の証拠物の収集に向けられていることを踏まえ」た判断である⁽⁸⁵⁾。また、最高裁判所は、通信傍受法の施行前において、「電話の通話内容を通話当事者双方の同意を得ずに傍受すること」（電話傍受）が刑事訴訟法上許されることを説明するに当たって、電話傍受が「通話内容を聴覚により認識し、それを記録するという点で、五官の作用によって対象の存否、性質、状態、内容等を認識、保全する検証としての性質をも有する」ことを理由の一つとして挙げた⁽⁸⁶⁾。さらに、最高裁判所は、「捜査機関が、捜

することでございますので、その性質は検証にはかならないと考えられます。したがって、刑事訴訟法第218条の規定に基づきまして、裁判官から検証許可状の発付を受けてこれを行うことができるものと考えております」（第189回国会総務委員会議事録第16号〔露木康浩政府参考人の答弁〕）。

(82) 宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（有斐閣、2012）133-134頁〔堀江慎司〕。

(83) 中谷・前掲注（20）57-59頁では、「検証」がGPS捜査の「特別の定」といえるかどうかについて、肯定的な見解と否定的な見解が整理されている。

(84) 最決昭和55・10・23刑集34巻5号300頁，306頁。

(85) 稲田輝明「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和55年度』（法曹会、1985）177頁。

(86) 最決平成11・12・16刑集53巻9号1327頁，1330-1331頁。

査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察した」というエックス線検査を「検証としての性質を有する」と判断した⁽⁸⁷⁾。「本件のようなエックス線検査は、宅配便荷物の中身……を確認するために行われており、その結果発見された物の押収を予定していない」ことから、「搜索よりも検証と見るべき」であると判断されたのである⁽⁸⁸⁾。

これらの判例は、その文言だけをみると、処分の「性質」のみに着眼して、現行法に「特別の定」のある処分類型に当てはまるかどうかを判定しているように読める。しかし、例えば、エックス線検査について、「宅配便荷物の内部から覚せい剤様の物を発見し、直ちにこれを押収する目的でエックス線検査を行うのであれば、搜索差押許可状によるべきこととなろう」⁽⁸⁹⁾と説明されていることからもうかがわれるように、最高裁判所は、『この法律に特別の定がある場合』の該当性の判断基準については、実質的には、……当該処分の『目的』ないし『内容』に求めているといえることができる⁽⁹⁰⁾であろう。

そうであるとすれば、GPS 捜査が現行法の予定する「検証」の範囲、すなわち、その「目的」ないし「内容」を超える新たな処分とみるべきではないかということを検討せずして、GPS 捜査が「検証」に該当する処分類型であるとはいえないはずである。通信・会話の傍受と同様に、処分の実体が検証としての性質を有する面を否定できないとしても、「そのことから直ちに、……現行法上の『検証』として許されると結論付けるのは、速断に過ぎよう」⁽⁹¹⁾。

(87) 最決平成21・9・28刑集63巻7号868頁，870頁。

(88) 増田・前掲注(29)394-395頁。

(89) 増田・前掲注(29)396頁。

(90) 松田・前掲注(25)240頁。

(91) 井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』(有斐閣，1997)97頁。

そもそも現行の刑事訴訟法は、法益侵害⁽⁹²⁾が一過性であるといわれる「検証」を準抗告の対象から外している（429条1項, 430条）。そうすると、法益侵害の継続する「一種の情報の押収」と評されるべき捜査を「検証」と位置付けると、憲法31条により要求される告知と聴聞の機会が十分に保障されないことになってしまう⁽⁹³⁾。法は、「一種の情報の押収である……情報収集は『検証』とは思っていない」⁽⁹⁴⁾と考えるべきであろう。

さらに、例えば、振り込め詐欺グループのアジトを解明するために、対象者が頻繁に訪れる場所を割り出そうとしてGPS捜査を実行する場合を考えてみると、事件とは無関係の位置情報が必然的に捕捉・点検されることになるであろう。その一部の位置情報のみが具体的な犯罪との関連性を有する場合に、一定期間内の対象者の位置情報のすべてを捕捉・点検することまでもが、現行法の検証規定により対応できるとは思われない。

強制処分としてのGPS捜査は、対象の地理的情報を五官の作用により認識・把握するという点で「検証」に類似し、その情報を取得するという点で「差押え」にも類似し、当該犯罪捜査に必要な位置情報等を選別するという点で「搜索」にも類似する処分類型である。このような処分の内容に応じた新たな「特別の定」が必要である⁽⁹⁵⁾。この点についても、稿を改めて詳論したい。

(92) IVで述べた捜査の統制原理にも関わる問題である。

(93) 井上・前掲注(91) 102頁。

(94) 三井・前掲注(22) 72頁。

(95) プロバイダーのサーバーの点検について、「検証という方法が、差押えに比べ穏やかな方法であるうえ、無形の情報の認知・保全という目的に性質上最も適した処分であることは確かであるから、立法論的には、搜索と検証とを組み合わせた処分を新設するということを考えてもよい」という指摘がある（井上・前掲注(22) 404頁）。

VI おわりに

本稿は、GPS 捜査について近時の刑事裁判例を考察し、差し当たり現在の捜査法の枠組みの中でGPS捜査の法的規律を考える上での検討課題を指摘するにとどまる。

本稿が指摘したのは、

(1) 近時の刑事裁判例は、主としてGPS捜査により取得され(得)る情報の内容に着目して、GPS捜査が刑事訴訟法197条1項但書の「強制の処分」に当たるか任意処分(非強制処分)に当たるかという法的性質を決定している、

(2) GPS捜査により取得され(得)る情報は、情報処理プロセスのいずれかの段階で、「対象者の一時点の所在」にとどまらない、「対象者の親族や交友関係・宗教や政治的信条・職業・性的嗜好等」へと質的に転換すると考えられるのではないか、

(3) そうであるとすれば、法益侵害を中核に据え、主として情報取得時に照準を合わせて捜査の法的規律を組み立てるという現在の捜査法の下では、位置情報の取得後のプロセスにより生じる情報の質的転換を見越した、位置情報の取得時の法的規律を構築することが喫緊の課題である、

(4) そのためには、質的転換後の情報に、捜査に対する法的規律を発動するだけの法益性が認められることが説明されなければならない、

(5) それとともに、現在の捜査法の下で、位置情報の取得後、情報処理プロセスのいずれかの段階で生じる情報の質的転換を見越して、いわば「予防的」に、位置情報の取得時に法的規律を及ぼすことが理論的に成り立つことも説明されなければならない、

さらに、(6) GPS捜査が「強制の処分」に当たると判断した近時の刑事裁判例は、「検証」がGPS捜査の「特別の定」に当たるという考え方を示しているが、GPS捜査を現行法の「検証」として捉えるのは困難であり、その内容に応じた新たな「特別の定」を設ける必要がある、

ということである。

任意処分と位置づけられるGPS捜査がある一方で、強制処分としての
枠をはめるのが適切なGPS捜査もあると思われるが⁽⁹⁶⁾、現在の捜査法の
枠組みの中でこれらの間に境界線を引き、適切な法的規律を施すには、上
記(2)及び(4)～(6)の法的問題点を解決する必要がある。GPS捜査一ひ
いては犯罪捜査のための情報の取扱い一に有効・適切な法的規律を設ける
ために、本稿で整理した法的問題点の解決に取り組んでいきたい。

(96) 中谷・前掲注(20) 56頁。